Carreus et fideiussor suo nomine solvens ammitte cessa cass.

P O R
DON FRANCISCO
DE ARAVZ ALGVACIL MAYOR DE LA REAL AVDIENCIA, COMO

acreedor a los bienes de Andres de Eruàs.

Y POR

IVAN LOPEZ DE LA RENAGA, ADMINIStrador de los dichos bienes.

CON

Doña Ana Maria Olaal de Retana, y consortes, hijos, y herederos de Pedro de Retana.

Repetita allegatione iuris, que se hizo por don Francisco de Araus, y Iuan Lopez de la Renaga, breuemente se responderà a lo que contra ella se ha escrito por parte de la dicha doña Ana Maria Olaal, y consortes.

Articulo primero del papel de los herederos de Pedro de Retana.

DE la conclusion que en este articulo se asienta en la l. Modestinus, y sus consortes, no se duda, ni en el papel de don Francisco de Araus se dudò della; solo se tratò de mostrarse con quatro fundamentos, como no se ajustaua a este pleito.

El primero fundamento distinguia, quando creditor soluit suo nomine, aut nomine alterius creditoris, si suo quod fieri poterat cessio, etiam post factam solutionẽ, y aqui se mostrò con euidencia como esta distincion se ajustaua a este pleyto.

Y porque los Doctores que hazen esta distincion hablã en fiadores, se monstrò como los correos inter se dicuntur fideiussores.

Esto

g. y af. 237

Esto supuesto, la doctrina de Fabro, y de Surdo, en quanto dizen, que pagando vno de los correos, libra el otro de tal suerte, que el que paga no puede pedir cesion: No haze contra la distinción referida, porque pagando el correo simplemente, sin que diga suo nomine, aut nomine alterius correi, yo lo confiesso, y lo mesmo es en los fiadores, l. 11. tit. 12, partita 5. pero Fabro, ni Surdo, no disputan de veritate huius distinctionis, ni contra esta dizen cosa alguna.

Al otro lugar de Fabro lib. 11. cap. 2. con que resueluen, que los correos inter se non dicuntur fideiussores, con que tacitamente queda respondido a la distincion supra referida, porque los Doctores que la traen hablan en fiadores, se responde.

Lo primero, que los Doctores que distinguen, quando solutio est facta nomine soluentis, aut alterius correi, aunq hablan en fiadores, la razon en que se fundan es, quia qui soluit dicitur emptor nominis, vt videre est per Menochiũ, Gratianum, & cætera iura ibidem allegata.

Este fundamento de los Doctores tãto quadra a correos como a fiadores, y en esta materia no se dá razon de diferencia de vno a otro caso; porque si pagando vno de los correos, liberat alium, lo mismo se halla en el fiador, que si paga simplemente, liberat debitorem, & confideiussorem, l. 11, tit. 12. part. 5.

Si el fiador puede pedir aquello que pagó por el deudor, o confiador, d. l. 11. tit. 12. el correo lo mesmo, l. & 2. C. de duobus reis.

Confirmatur con la l. 4. tit. 18. lib. 3. fori legum, alegada en el papel de don Francisco de Araoz, por dõde aun post factam solutionem, dize se puede pedir cesion, y habla en mancomunados, a la qual no se satisfaze en el papel de los herederos de Pedro de Retana, ni en esta razõ a lo que por dõ Francisco de Araoz está escrito.

Iuuat, que Andres de Eruas no pudo pedir cesion, que la paga se hizo estando sus bienes concursados, y no auia persona ligitima que la pidiesse: ac perconsequens, no deue prejudicar a sus bienes la dicha omision, argumento legis 1. C. de annali exceptione, quia non potuit agere.

Lo segundo se responde, que quando los Doctores que distinguen suo nomine, aut alterius correi, tomará por fundamen

damento cosa que viniera mas a fiador, que a correo, la doctrina de Fabro, que resuelue, que estos inter se non dicuntur fideiussores, no obsta a don Francisco, ni a Iuan Lopez de la Renaga; porque aunque la autoridad de Fabro es tan conocida, que se puede alegar por texto, y instricta disputatione, fuera verdad, como es, su resolució, in iudicando & consulendo, se deue seguir la contraria que tiene Gutierrez, y Valascus alegados en el papel de don Francisco de Araos, porque la opinion destos la sigue despues de larga disputa, la glossa verbo intercessionem, in fine, in l. vir vxori, §. mulier. ff. ad senatus consul Veleianum, cuius authoritas maxima est, & omnes alias antecellit, Mascar. cóclusione 842, Ceuallus in præfactione, num, 61. Barbosa in remissionibus doctorum, ad lib. 3. tit 64. §. 1. num. 1.

Por la resolucion de Valas., y Gutierrez tenemos vna comun opinion (que asi la llama Bart.) cum Asone per Bartolum, in l. si constante, num. 34. in fine, ff. soluto matrimonio, cum eodem Bartulo in l. reos, ff. de duobus reis, tenet Felicianns de Solis, lib. 3, cap. 21. fol, num. 12.

Las opiniones de Bartulo excollunt, Marta de iurisdictione, 1. parte, cap. 26. nume. 12. Grammaticus desitione 63. num. 15. Barbosa in remissionibus Doctorum, ad d. lib, 3. tit. 64. §. 1. num. 3. verbo quod habet vim legis.

Que à communi non sit recedendum in iudicando, & cósulédo, affirmat Ceuallus in præfactione, nume. 30. Auiles. in cap. prætorum, cap. 1. num. 15. idé Ceuallus num. 31. dicit quod idem dicitur de communi opinione, quam de lege, Gutierrez lib. 3. practicar, quæst. 13. num. 34. præcipuê quia continet æquitatem, vt in præsenti obseruat Becius consi. 8. num. 24. ibi: *Quamobrem cum humanior, & æquior sit opinio, quæ pro filiabus facit secundum præmissa eam amplecti debemus. Idque etiam si videatur casus legis in contrarium; ita in specie, Alexander in l. si conuenerit, col. fin. sub num. 13, de re iudicata, inquiens temera rium esse à communi opinione recedere, etiam quando contra eam videtur casus legis, & præsertim cum ratione non destituamur.*

A la tercera respuesta que don Francisco de Araos en su papel dá a la ley modestinus, no se ha satisfecho, en el hecho, ni en el derecho, porque los fiadores de Francisco Gomez de Torres, debaxo de la dicha fiança le fue entregado el dinero, no estàn desobligados, ni la escritura chancelada

que

que basta, para que no se diga pagado: esto se probò de derecho bastantemente, y no se ha satisfecho por la parte contraria.

A la quarta respuesta sobre la ley modestinus, no se responde cosa alguna, ni a otras cosas alegadas en essa razon por parte de don Francisco de Araos, con que la regla de la ley modestinus no tiene lugar en este pleito. Enel papel de don Francisco de Araos se mostrò con euidencia, que Andres de Eruas sin cession, y por su propria persona tenia derecho contra Pedro de Retana por la mitad de aquello que pagô, y assi ex l. 1. & 2. C. de duobus reis, y se apoyò largamente. A esto no se satisfizo por parte de los herederos de Pedro de Retana, y quedando, como queda, consentido, basta para obtener Iuan Lopez, administrador de los bienes de Andres de Eruas.

Segundo articulo del papel de los herederos de Pedro de Retana.

QVieren estos herederos responder a lo que està escrito fol. 12. en el papel de don Francisco de Araos, sobre si la executoria de la Real Audiencia en este caso auia cosa juzgada; esta su respuesta se funda en dos fundamentos entre ambos lados, en el hecho no verdaderos. Lo primero, q̃ esta executoria fue litigada con los acreedores de Andres de Eruas. Lo contrario se assentò por llano a la vista, y assi consta del pleyto, adonde no ay alegacion, ni notificacion de acreedor alguno.

Lo segundo que se dize es, que la graduacion que se hizo a Francisco Gomez de Torres fue refiriendose a esta executoria, y que esta sentencia del ordinario fue confirmada en vista, y reuista. Lo contrario tiene don Francisco, y Iuan Lopez mostrado en su papel, como del se verâ.

En tercero lugar tratan los herederos de Pedro de Retana mostrar como està probado, que este dinero del tributo fue todo para Andres de Heruas, sin que satisfagan a lo escrito, fol. 13. en el papel de don Francisco, y Iuan Lopez, ni a los defetos de los testigos, que con euidencia se mostraron alli, y a otras muchas consideraciones, que sobre ello se hizieron. Con que la justicia de don Francisco, y Iuan Lopez queda clara, y llana. Sub dignissima censura de V.S. &c.

Lic. Diego de Reynoso.